

Difs.
794.
9.

Dissertatio inauguralis

de

probabili interpretatione
legum 15. in f. 16. 17. pr. ff.
de usufructu,

quam

pro summis in utroque jure honoribus obtinendis

Illustri Jurisconsultorum Ordini Rostochiensi

offert

S. Schnelle,

Megapolitano - Suerinensis.

R o s t o c h i i,

T y p i s A d l e r i a n i s.

—
MDCCCXXV.

de resultatu

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Inter leges, ex quibus variae variorum sententiae ortae sunt merito, et leges 15. 16. 17. D. 7, 1. numerantur. Etenim alii grammaticam harum legum interpretationem omni prorsus ratione destitui, alii ex intima juris ratione, quae in iis proferuntur, consequi affirmant, alii denique grammaticam harum legum interpretationem retinendam censent, nec tamen probabilem quandam rationem afferri posse contendunt. Quae quidem sententiarum diversitas quum tanta sit, atque multi magnae sane auctoritatis viri in interpretandis hisce legibus elaborare studuerint, non inutile videtur, si quaestioni nostrae, earum legum, in quarum interpretatione pro exiguis sane nostris viribus laborare suscepimus, ipsa verba praemittimus. Itaque haec nobis exhibent leges 15 in f. 16. 17 pr. D. 7, 1.

L. 15 in f. (Ulpianus libro 18. ad Sabinum.) *Proprietatis dominus nequidem, consentiente fructuario, servitutem imponere potest.*

L. 16. (Paulus lib. 3. ad Sabinum.) *Nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, ve-*

luti si talem servitutem vicino concesserit jus sibi non esse altius tollere.

L. 17. pr. (Ulp. lib. 18. ad Sabinum.)
Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario. Et hoc verum est favore religionis. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest, finge enim eum testatorem inferre, quum non esset tam opportune, ubi sepeliretur.

Grammatica harum legum interpretatio haud dubie haec est: proprietatis dominum, qui nudam modo proprietatem, deducto usufructu, habeat, durante usufructu servitutem rei fructuariae imponere non posse, etsi vel ipse fructuarius consentiat; attamen dominum eam servitutem, quae fructuarii jus non minuat, recte imponere posse. Favore religionis, locum fructuarium recte religiosum fieri, si modo consentiat fructuarius. Atque hoc consensu ne opus quidem esse, si dominus testatorem (scl. qui usumfructum legasset) inferre velit.

Jam quidem maxima legum nostrarum difficultas inde evadit, quod fructuarius consentire ad servitutem constituendam prohibe-

tur, quum ipsa tamen servitus, quae rei fructuariae imponitur, pro tempore saltem ei tantum noceret, nec in genere quisquam a juris illibationis, quod habet, renuntiatione prohiberi potest. Quamquam enim usufructuarius ex usufructu constituto, jus tota re fructuaria utendi omnesque fructus percipiendi habeat, nemo tamen negabit, eum toti huic juri renuntiare posse. Atque quae de totius juris renuntiatione valent, nonne eadem et de partis renuntiatione valebunt, praesertim quum inter omnes constet usumfructum vel pro parte amitti posse? ⁽¹⁾ — Haec est legum nostrarum difficultas atque in dissolvenda ea laborandum nobis est. Ita tamen rem nostram agemus, ut prius ad aliorum sententias respiciamus tum denique nostram stabiliamus. Quum tamen tam multae tamque diversae sint de legibus nostris sententiae, non omnes sane afferemus; sed de his modo tractabimus, quarum gravius esse fundamentum videtur.

(1) L. 5. D. 7, 1. L. 14. D. 7, 4. L. 25. D. 7, 4.
§. 1.

Neque vero ineptum nobis videtur, quaestionem nostram a pertractandis horum

sententiis incipere, qui nullam aut stultam legum nostrarum rationem esse affirmant.

Strykii ⁽¹⁾ igitur haec fere verba sunt: „hanc regulam, ab arte juris prorsus alienam, „usu fori non obtinere.“ Leyser ⁽²⁾ qui de lege 15. quaedam attulerat denique concludit „cujus rei inepta ratio ex lege 165. de R. J. deducitur. Eisdem fere injuriis in Ulpianum nostrum invehunt Böhmer ⁽³⁾, Brunne-
mann ⁽⁴⁾, Schilter ⁽⁵⁾, Horn ⁽⁶⁾, Wissenbach ⁽⁷⁾, Cyprianus ab Oosterga ⁽⁸⁾ etc. Quibus quidem viris, quoad legum nostrarum nullum in foro usum esse affirmant, jure opponuntur Struv ⁽⁹⁾, Richter ⁽¹⁰⁾, Cocceji ⁽¹¹⁾. Quos quidem nominasse sat esse videtur, quum plures horum sectatores in Glückii commentario ad pand. vol. 9. §. 625. invenire liceat. Praeterea quum omnino non probari poterat a Strykio, Leysero, aliisque regulam legis 15 in f. usu fori *non* obtinere, non est, quod auctoritati horum virorum credamus, quum et alii ejusdem auctoritatis viri contrarium affirmant, et in rei ipsius natura nihil positum sit, quod impellat nos ad opinionem *praesumptioni generali contrariam*. Nam quae

leges in Germania receptae sunt, earum usus in foro hac ipsa receptione probatus est. Sed non solum *in genere* hae ipsae leges valent, sed et quamlibet earum partem et particulam receptam esse praesumi debet donec probatur contrarium. Quod quum illi viri probare omnino non potuerint, nisi statuamus, solam eorum auctoritatem instar plenae probationis esse, nihil est, quod sententias earum sequamur.

Non melius rem legum nostrarum defendunt, qui hanc earum rationem afferunt. Qui alienare non possit, eum nec in alienationem consentire posse. Servitutis impositionem alienationis speciem esse, itaque fructuarium, qui servitutem constituere non possit, consentire in ejus constitutionem non posse. Talem interpretationem conatus est Hilliger (¹²). Sed Jac. Gothofredus jam notavit legem 165. de R. J., in qua haec interpretandi ratio fundatur, de pupillo solum intelligendam esse, et in genere de consensu ad alienationem loqui, qui hac de causa non valeat, quia *persona* alienare non possit. In nostra vero lege fructuarium servitutem con-

stituere non posse, quia *res* alienari non possit. Cui quidem disputationi Strykius (¹³) haec fere verba addit; „si verum esset, qui alienare non posset, et alienationi consentire non posse, numquam vasallum feudum alienare posse, quia consensus domini, quum ipse alienare non posset, nihil inde efficeret. Quod tamen ineptum foret, quum quisque, cujus causa alienatio prohibita sit, huic juri renuntiare possit.“ Quae quidem Gothofredi sententia et Strykii e jure feudali allata analogia, num recte stare possint, de eo hic amplius quaerendum non est. Quamquam enim Gothofredi restrictiva legis 165. de R. J. interpretatio optime sane procedat et quae Strykius affert recte se habeant, res ipsa tamen his disputationibus non definitur; nam sic quidem prorsus in integrum restituitur, nec ad interpretationem collatum aliquid videtur. Sed hactenus de horum virorum ratione legem 15. interpretandi. Jam videamus de injuriis quibus hi alique, quos nominavimus, viri, Ulpianum aggrediuntur; „totam legis 15. in f. regulam miseram subtilitatem esse, cavillationis cujusdam veteres Ictos,

praesertim Ulpianum familiarem fuisse atque sic interdum jus statuisse, quod ex arte quidem juris recte consequatur, quod tamen a naturali aequitate plane abhorreat. Verborum scrupulosum investigatorem Ulpianum fuisse et magis significationem, quam sensum verborum spectasse.“ Talia ne nimis plura afferam Ulpiano nostro objiciuntur, saepius etiam ad Ciceronem recurritur, qui in oratione pro Muraena haec dicit: „jurisconsultos in omni jure civili aequitatem reliquisse et ipsa verba tenuisse.“ — Quae quidem verba afferre prorsus ineptum videtur, quum notissimum sane sit, Ciceronem in hac ipsa oratione, quam contra amicissimum sibi Servium Sulpicium habuit, vituperare ridiculosque reddere Ictos studuisse. Sed ipse haec verba alio quo loco (¹⁴) vituperat. Praeterea summa diligentia ipse Cicero in aliis locis jus civile Romanorum laudare studet talia afferens: „incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.“ (¹⁵) Atque etiam si vere Ciceronis in orat. pro Muraena dicta opprobrio Ictis fuissent, illis tamen Ictis haec ob-

jici poterant, qui Ciceronis temporibus aut jam vixerant, aut adhuc vivebant. Atque sane his quidem aliquo demum jure haec objici poterant. Erant adhuc tum temporis in usu legis actiones, quae quidem paulo post formulis aboletae sunt, attamen omnem fere legum interpretationem prohibebant, omnisque paene jurisprudentiae studia in ediscendis 12 tabulis certisque formulis posita erant. Ipsae etiam formulae quae liberiores tractationem admittebant, certis tamen formis vel etiam verbis definitae erant, ita quidem, ut hujus aevi Ictos aliquo, ut jam diximus, jure, nimiae subtilitatis verborumque anxietatis arguere quis possit; sed Ulpianum qui XXIV fere decennia post Ciceronem vivebat, ejusdem subtilitatis arguere prorsus ineptum foret. Quamquam enim Ulpiani temporibus plures adhuc solennes formulae essent, multique certis formis descripti actus in jure occurrerent, veluti mancipatio, in jure cessio etc. legum tamen liberior interpretatio jurisque analogia locum habebat. Itaque ad horum disputationes ne respiciendum quidem videtur, qui ob haec Ciceronis in orat. pro

Muraena dicta, miserae subtilitatis obscuritatisque Ulpianum nostrum arguunt. Praeter ea enim, quae jam diximus nemo fere recentiorum maximae auctoritatis ICTORUM est, qui Ulpiani elegantiam, perspicuitatem in scribendo, strictam de jure disputandi rationem in dubium vocare velit. ⁽¹⁶⁾ Atque etiam Ulpianus noster iis temporibus vixit, quibus jure aureae in jurisprudentia aetatis nomen tribuitur. Nemo enim negare potest, saecula inter Augustum et Constantinum intermedia maximorum ICTORUM vita et scriptis, summaque juris elegantia celebrata esse. Quae vero ad Ulpianum nostrum respiciunt, ipse in quinque celeberrimorum ICTORUM, Gaji, Pauli, Papiniani, Modestini numero habetur, nec quisquam umquam dubitavit, jure hoc fieri. Quae quidem quum ita se habeant, nihil est, quod ad talia opprobria respiciamus, sed dicendum potius, non statim praesumi posse, contra rationem ea statuta esse, quorum rationem primo aspectu invenire non possumus. Accedit, quod Digestorum compilatores, quibus jus, quod tunc temporis valeret, clarum, a controversiis libe-

rum compilare jussum erat, haud dubie Ulpiani in lege 15 in f. et in lege 17 pr. dicta non recepissent, si vere subtilitas quaedam obscura et inepta in iis fuisset. Certe Tribonianus si leges 15 in f. et 17 pr. obscuritatem aliquam continuissent, ad explicandam, interpretandam eam aliquid addidisset. Quum vero ad explicandam Ulpiani sententiam nihil additur, quam exceptio quaedam e Pauli lib. 3. ad Sabinum desumta haud dubie statuere possumus, compilatores nullam subtilitatem, obscuritatem in Ulpiani sententia invenisse, immo juri aequitatieque omnino convenientem eam existimasse. Praeterea quum interpretatoris sit officium quam bene possit cohaerentiam certi loci cum toto jure civili ejusque cum intima juris ratione congruentiam probare, nec statim declarare jus a naturali aequitate abhorrere, si non primo aspectu, quomodo cum illa conveniat, consequitur, multo magis nostri est officii, quum harum legum 15. 16. 17. interpretationem nobis injunxerimus, quomodo bene cum jure civili bene cum naturali aequitate leges nostrae conveniant, demonstrare.

Non ignoramus quidem saepius ICTis opprobrio fieri, quod proverbii vim nactum est: summum jus, summa injuria. Quum vero omne jus civile, quoad originem, morum, vitae, consuetudinis, imo linguae partem, in summa id, quod justum habetur, contineat⁽¹⁷⁾ non dubitamus hanc enunciationem: summum jus, summa injuria, prorsus rejicere, persuasum hoc nobis habentes, quod in genere, justum, bonum aequum sit, id singulis quidem hominibus vel in singulis quibusdam rebus injustum, iniquum *videri* posse, sed in genere justum et aequum esse. Sed quum non de omnis juris civilis cum naturali aequitate convenientia disputari velimus, sed de legibus nostris modo hoc probare studeamus, jam ad aliorum de loco nostro sententias procedamus.

(1) Usus mod. pand. T. 1. pag. 161. (2) Medit. spec. 107 med. 1. (3) Böhmer introd. in jus Dig. tit. de serv. §. 5. in f. (4) Brunnemann comment. ad pand. ad h. l. (5) Schilter exercit. ad pand. exerc. 17. §. 46. (6) Jurispr. feud. c. X. §. 2. (7) Exercit. ad pand. disp. 19. §. 8. (8) Diss. ad pand. diss. 16. th. 15. (9) Synt. J. C. exerc. 12. th. 21. (10) Exerc.

J. C. ad legem 15. in f. l. 16. l. 17. pr. de usufructu.

(11) J. C. contro. lib. 8. tit. 1. qu. 4. (12) Comm.

in Donellum lib. 10. cap. 1. litt. A. (13) Stryk l. c.

(14) De finib. lib. 4. cap. 27. „apud imperitos tum illa dicta, aliquid etiam coronae datum.“ (15) De

orat. 1, 44. (16) Vid. Hugo in hist. juris Rom. in his

locis, in quibus de Ulpiano loquitur. (17) Hugo ency-

clopaedia juris §. 27 et 31. editionis Vltae.

§. 2.

Accedimus igitur ad hos scriptores, qui locum nostrum Ulpianeum tam conversum et omni juris analogiae contrarium putarunt, ut emendatione eum quam maxime indigere putarent.

Inter hos quum Cornelius van Eck, praesertim vero ejus discipulus Cornelius van Bynkershoeck plurima in loco nostro emendarunt et correxerunt, in primo emendatorum loco eos ponimus.

Itaque Cornelii van Eck ad hunc nostrum locum haec sunt verba: „— — quae sententia, quum et rationem et notissimam juris regulam offendat (vid. lex 165. de R. J. §. 8. J. de obl. ex delictis) varie explicari et emendari solet. Ego pro *nequidem* legendum suspicor: *equidem* (1).“ Quum vero huic

emendationi lex 16 et 17 pr. quam maxime obstarent, Bynkershoeck ⁽²⁾ retinens eam, verba: *equidem consentiente fructuario* in fine legis 15. posuit; legem 16. intactam reliquit; sed in lege 17 pr. pro *autem* legere voluit *item*. Verba: *et hoc verum est favore religionis* loco suo movit et transposuit, ita, ut stante hac emendatione hic verborum ordo foret:

L. 15. in f. Proprietatis dominus servitutem imponere potest *equidem consentiente fructuario*.

L. 16. intacta relinquitur.

L. 17 pr. Locum *item* religiosum facere potest consentiente fructuario. Sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest; *et hoc verum est favore religionis*; finge enim etc.

Cujus emendationis vis ac sententia haec foret: proprietatis dominum servitutem, quae usufructui noceat, fundo fructuario imponere posse, dummodo consentiat fructuarius; talem vero servitutem quae non noceat, dominum imponere posse, invito etiam usufructuario. Locum item religiosum facere posse, si modo

usufructuarius consentiat, nam quum hoc noceat, consensu fructuarii opus esse. Favore tamen religionis et solum proprietarium locum religiosum facere, si testatorem, inferre vellet, nec esset tam opportune ubi sepeliretur.

Connanus ⁽³⁾ vir magnae auctoritatis pro *nequidem* legere vult *nec quidem* ita tamen ut *nec quidem* affirmative positum accipiatur et ad consensum usufructuarii referatur. *Nisi* in lege 16. idem significare vult, quod *duntaxat*. Hujus sententiam plures secuti sunt, inter quos Jac. Voordam ⁽⁴⁾ et Car. Frider. Walchium ⁽⁵⁾ nominasse sat videtur. Voorda praesertim legem 17. pr. ita legere suadet: Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario. *Et hoc verum est. Sed favore religionis* etc. Stante hac emendatione sensus loci hic foret: proprietatis dominum invito etiam fructuario servitutem imponere posse, sed eam duntaxat, quae usufructuario non noceat. Religiosum autem locum facere posse consentiente fructuario; (atque hoc in specie affirmatur) favore vero

religionis ne hoc quidem consensu opus esse,
si proprietarius testatorem inferre velit.

Mornaci ⁽⁶⁾ ad hunc locum haec sunt
verba: „Glossa fluctuat huc illuc, nec audet
pedem figere. Bartolus omnino praetermisit,
Baldus paucula quaedam interjicit; sed Bar-
toli silentium longe melius et tutius. Rus-
sardus antecessor Bituricensis ait, nihil re-
ferre, quod proprietatis dominus fructuario
consentiente servitutum imponat, ut in qua
constituenda opus sit, plenissimo constituentis
dominio; at, qui proprietatis solius dominus
est, plenissimi ille domini dominus est. Sed
quum mera haec subtilitas juris proposita
fuisset a Pet. Dalessaeo juris legumque peri-
tissimo patrono, putavit ipsemet adeo esse ab-
surdum, quod in hoc textu legitur, ut di-
ceret reposuisse se in suo volumine *siquidem*
pro *nequidem*.“ Haec igitur emendatio id
cum Bynkershoeckii emendatione commune
habet, quod verbis legis 15 in f. sensus affir-
mativus tribuitur. Attamen, quum nihil in
legibus sequentibus mutatum sit, minime aptam
hanc emendationem esse, per se quidem in-

telligitur, attamen statim in §. quinta uberius de hac emendatione disseremus.

Huberus ⁽⁷⁾ pro *nequidem* legere vult *nonnisi*, ita ut hunc nobis leges nostrae sensum exhibeant: dominum fundo fructuario servitutem imponere non posse, nisi consentiat usufructuarius. L. 16 et 17. intactae ab Hubero relinquuntur.

Pet. Busius ⁽⁸⁾ et Franz Sarmienti ⁽⁹⁾ ita emendant, ut post *imponere* vocem *non* ponant, sensusque legis 15. in f. prorsus affirmativus reddatur. Et hi in legibus 16 et 17. nihil mutarunt. Friedel ⁽¹⁰⁾ denique in dissertatione, quam Heislero praeside habuit, pro *consentiente* legere mavult: *consciente* talemque sensum legi 15. in f. inesse vult, ut modo *consciente* fructuario dominus servitutem imponere non possit, recte vero, si expressis verbis consentiat usufructuarius.

Hae sunt emendationes, quas eligendas commemorandasque putavimus; jam in refellendis, reprobandisque iis versabimur.

(1) Principia J. C. sec. ord. Dig. h. t. §. 25.

(2) Observat. J. R. lib. 1. cap. 2. (3) Comment. J.

C. lib. 4. cap. 3. pag. 278. edit. Hannov. de anno 1610.
 (4) Elector cap. 10. (5) Not. ad Eckardi jurispr.
 hermeneut. lib. 1. cap. 2. §. 52. (6) Ad h. l. T. 1.
 pag. 513. (7) Eunonia Rom. ad h. l. (8) Comment.
 in pand. ad h. l. (9) Select. interpret. lib. 6. cap. 12.
 (10) Diss. inaug. in Heisleri opusculis.

§. 5.

Etenim vero omni omnino loci nostri
 emendationi obstat, quod Henr. Brencman-
 nus ⁽¹⁾ ad h. l. observat. Affirmat enim in
 9. codd. ms. nullam sibi occurrisset lectionum
 diversitatem. Accedit, quod eandem lectio-
 nem Florentina servat et ab ea non dissen-
 tiunt Basilica ⁽²⁾, quae hoc modo legem
 15. in f. vertunt: οὐτε ὁ τὴν δεσποτειαν
 ἔχων δύναται παραχωρῆσαι δουλειαν, οὐτε
 ἐπιδεινὰν καὶ συναινεῖ ὁ τὴν χρῆσιν ἔχων.
 Glossa denique ad hunc locum nullam lectio-
 num diversitatem novit, quod inde conclu-
 dere licet, quod lectionis, ut exstat, sen-
 sum explicare studet. Haec enim ad expli-
 cationem legis 15. in fin. addit: „Solut hic“
 (sc. nudae proprietatis dominus) „imposuit
 „servitutem eo tempore, quo nondum cesserat
 „dies ususfructus, qui relictus erat sub con-
 „ditione, vel in diem. Hoc non valet, ut:

„quemadmodum serv. amitt. L. si is cui §.
„fin. etc. de cond. et demonstr. L. si fundus
„a testatore. Dic ergo melius, hoc praedium
„erat heredis, non defuncti, vel ibi jam
„constituto usufructu hic non.“ Quae qui-
dem legis nostrae interpretatio, quum non
optime procedat, certe Accursius si lectionum
diversitatem novisset, haud dubie aliam, quam
vulgatam recepisset. — Atque etiam cuivis
loci nostri emendationi, notissima illa criticae
regula obstat: e duabus lectionibus difficilio-
rem, quippe quae verisimilius corrupta non
sit, praeferendam esse. Nam a stultissimis
librariis, lectionem potius, quae magis per-
spicuum sensum exhibere videretur, quam
eam, quae difficilioris intellectus esset, trans-
scriptam esse, res notissima est. Difficilio-
rem autem receptam lectionem esse, multa
multorum studia in iis explicandis probant.
Denique lectio non hac sola de causa reji-
cienda est, quia decisionem juris continet,
quae ratione juris vel aequitatis defendi non
posse videtur. Nam magna sane differentia
est inter sententiam, cujus rationem ignora-
mus et eam, quae a ratione prorsus desti-

tuitur. Emendatio autem, quae fit contra omnium fere probatae fidei codicum auctoritatem omniaque criticae argumenta, a ratione prorsus abhorrere recte dicitur. — Hactenus de rationibus, quae in genere omnem legum nostrarum emendationem prohibent, jam de singulis, quas in medium protulimus, tractabimus et quam parum quaeque cum critica conveniat, pro viribus nostris demonstrare conabimur. Supra primo loco Corn. van Eck et Corn. van Bynkershoeck citavimus. In horum quidem emendatione non solum de una vocula in una lege mutanda agitur, non solum plures voces in legibus 15 et 17. mutantur et emendantur, sed etiam suo loco voces emendatae moventur. Hoc vere est urere, talemque emendationem minime probabilem esse, non difficile est judicare si vel parum, vel nihil quis in studio criseos profecerit. Si tali modo in emendandis veterum auctorum scriptis agere vellemus, non difficile foret, ex quovis auctoris cujusdam loco, contrarium ejus proferre, quod dicere voluit. Ita enim egerunt van Eck et Bynkershoeck. Sensus, qui perspi-

cuus erat ad demonstrandum: proprietatis dominum servitutem imponere non posse, etsi consentiat fructuarius, durissima hac emendatione, talis nobis redditur, ut contrarium doceat. Esto, sententia legum 15. in f. 16. 17. pr. defendi non potest, quid inde? Nihil aliud, quam jus civile non omnia insulsa ignorare. Hac sola de causa, lectio criticae codicumque auctoritate adjuta, rejicienda non est. Atque si vere cum recta juris analogia leges 15. in f. 16. 17. pr. non convenirent, cur favore domini, vel usufructus non eadem juri civili repugnans exceptio in iis statui possit, quam in illis legibus, in quibus e. g. militi pro parte testato pro parte intestato mori permittitur; quas tamen leges hucusque nemo propter exceptionem a regula emendare ausus est. Haec de emendatione Bynkershoeckiana in genere, jam de singulis videamus.

Vox equidem, quantum ego scio, ⁽³⁾ a nemine elegantiorum scriptorum cum alia, quam cum prima persona conjungitur. Quum enim vox ipsa contracta sit ex *ego* et *quidem*, elegans ejus non est

usus, nisi jungitur cum prima persona. Sic e. g. nec Cicero nec Virgilius, nec Plinius vocem *equidem* cum alia quam cum prima persona conjungunt. (4) Quum vero Ulpianus noster jure inter hos scriptores numeretur, qui elegantiae quam maxime operam dederunt, *praesumi* non potest, Ulpianum ineleganter inusitate aliqua voce usum fuisse. Hoc est probandum, non *praesumendum*. Praeterea Ulpianus in libro suo, qui fragmentorum nomine notus est, numquam voce *equidem* utitur, ita, ut praesumi aliquo modo possit, vocem, *quidem*, qua *quindicies* in hoc ipso libro utitur, magis usitatam ei fuisse, quam vocem *equidem*.

Quod ad transpositionem verborum in lege 15. in f. spectat, Bynkershoeck verba: *equidem consentiente fructuario* in fine legis 15. posuit. Quod non sine acuta aliqua ratione fecit, nam sic statim apparet, exceptionem, quam lex 16. exhibet, non respicere ad servitutis impositionem, sed ad consensum fructuarii. Nempe hanc vim verbis legis 15. in f. et legis 16. inesse vult Bynkershoeck: *opus esse consensu* fructuarii in servitutis no-

citurae impositione, *non opus esse hoc consensu*, si servitus non noceat. Cujus quidem transpositionis, quum alia argumenta nec attulit nec afferre potuit Bynkershoeck, quam auctoritatem et voluntatem suam, nihil est, quod dubitemus eam rejicere. Nam in emendatione loci alicujus, omnibus critices argumentis adjuti, nihil ad auctoritatem vel doctissimi viri respiciendum est.

Quod ad verbum *autem* in *item* mutatum attinet, non adeo, primo aspectu, haec lectio reprehendenda videtur; praesertim quum emendationi legis 15. in f. quam maxime faveat. Praeterea voces *autem* et *item* eodem fere modo pronuntiantur, itaque facilius error in scribendo locum habere potuit. Attamen quum legis 15. in f. emendatio, quam Bynckershoeck adgressus est, nullo pacto stare possit, id quod jam satis probasse speramus, nihil est, quod e legis 15. emendatione, adjumenti haec ipsa capiat. Denique voces *autem* et *item*, quamquam simili modo pronuntiantur, non iisdem tamen notis scribebantur, itaque error in scribendo non tam facile occurrere poterat, quam primo

aspectu videbatur. De transpositione verborum: *et hoc verum est favore religionis* nihil amplius dicendum est, quam quod modo diximus de transpositione verborum: *equidem consentiente fructuario.*

Quae omnia si reputamus, lectionem relinquamus necesse est, quae nullis codd. ms. nulloque criticae argumento adjuvatur, quaeque prorsus contrariam ei sententiam, quam lectio recepta praebet, nobis exhibet, neque Ulpiani eleganti scribendi modo convenit. Jam igitur ad reliquorum, quos attulimus, emendatorum sententias procedimus.

(1) Brenemann ad h. l. nota 69. (2) Basilicorum lib. 16. tit. 1. L. 15. §. 5. (3) Gesneri thesaurus sub h. voce. (4) Gesner l. c.

§. 4.

Quod Connanus vocem *nequidem* mutavit in *nec quidem*, hoc utique habet aliquam speciem veri. Nam adest nobis Bauer ⁽¹⁾, qui affirmat, in bibliotheca Lipsiensi se in aliquot codicibus ms. *nec quidem* invenisse. Insuper hic vir doctissimus pluribus exemplis allatis probat, Ciceronem aliosque probatos aucto-

res, voce *nequidem* interdum pro *nec quidem* uti ⁽²⁾ indeque hac emendatione ne opus quidem esse; quum *nequidem* per *nec quidem* explicari possit. — Quod vero attinet ad conjunctionem vocis *nequidem* vel *nec quidem* cum consensu fructuarii, haec sane perversa est. Ad hanc refellendam Bauerus ⁽³⁾ haec addit: Romanos scriptores ob cessantem interpunctionum usum magis perspicuitati orationis studuisse et studere debuisse, quam Ulpianus fecisset, si vocem *nequidem* vel *nec quidem* ad consensum fructuarii, et non, ut plerumque, idque recte putatur, ad servitutis impositionem referri voluisset. Quae quum nemo negabit, haec modo ad Connani sententiam refellendam addimus. Si affirmativum legis 15. in f. sensum accipimus, non videmus, quid sibi velit exceptio legis 16.: nisi qua etc.; si haec exceptio ad consensum fructuarii referenda esset, omnes sane elegantiae regulas offenderet, haec verba: „*nequidem consentiente fructuario*“ et: „*nisi qua* etc.“ a se invicem disjungere; sed ipsa orationis perspicuitas postulabat, ut conjungerentur illa verba. Quae quum Bynkershoeck

praevideret, ita verba transposuit ut legere-
tur: *equidem consentiente fructuario, nisi qua*
etc. Insuper notissima sane regula est, voces
nequidem vel *nec quidem*, nisi aliis rationibus
id prohibetur, semper ita usurpari, ut ea vox,
in qua major vis posita sit, inter *ne* vel *nec*
et *quidem* ponatur. Si igitur Ulpianus vere
vocem *ne* vel *nec quidem* ad consensum fructua-
rii referre voluisset, haud dubie, quia tunc
in voce *consensus* major vis fuisset, *ne con-*
sentiente quidem etc. scripsisset. Attamen tunc,
ut jam diximus, verbum *ne* vel *nec quidem*
non distrahitur, si ipse sonus hoc prohibet.
In nostro jam loco voem *nequidem*, quae recte
ad servitutis impositionem refertur, nisi ipsum
sonum laedere voluisset, Ulpianus in nullo
alio loco, quam in quo posita est, ponere
potuit. Major enim vis voci *nequidem* in no-
stro loco inest, nec melius hanc vim acci-
pere potuit, quam per adpositionem eorum,
quae vim enuntiationis augent. Atque etiam
haec vis intelligitur vel ex ipso ordine, quo
haec verba posita sunt ita, ut, si solvamus
enuntiationem, haec sit vocis *nequidem* vis: nec
tum, si quoque consentiat fructuarius etc. —

Certe si ad consensum fructuarii Ulpianus vocem nequidem retulisset, ipse sonus postu-
lasset, ut scriberetur *ne consentiente quidem* etc.
Quod quum non fecerit, jure receptum ver-
borum ordinem et sensum retinere videmur.
— Num vero rectius *nequidem* vel *nec quidem*
legatur, hac de re disquirendum nobis non
est; quum hoc ipsum ad rem nostram defi-
niendam nihil faciat. Particulam *nisi* in lege
16. Connanus quidem per *duntaxat* explicat,
Ciceronemque testem nominat. Attamen si
quoque Cicero re vera hac particula hoc in
sensu utitur, exceptio tamen, quam in lege 16.
particula *nisi* continet, tam clara tamque per-
spicua est, ut *nos* eam per *duntaxat* explicare
non possimus. Certe si Cicero aliive probati
auctores *nisi* pro *duntaxat* usurpant, in alio
verborum et disputationis ordine hoc faciunt.
Sed nec Ciceronem, quem testem nominat,
nec alium probatum scriptorem Connanus af-
fert ad probandam hanc inusitatam vocis
nisi significationem. Non igitur videmus, cur
auctoritati Connani, irregulare quiddam sta-
tuentis, temere credamus. Rejiciendam po-
tius explicationem vocis: *nisi* per *duntaxat*

tum in genere, tum praesertim in loco nostro censemus, ita tamen, ut, si probari quoque possit, in certis quibusdam locis vocem *nisi* per *duntaxat* explicandam esse, hanc tamen explicationem in hoc nostro loco rejicere nullo modo dubitemus.

Quae de Connani sententia diximus, eadem et de Voordae emendatione valent. Particulam autem in legis 17. principio quam maxime affirmativo legis 15. in f. sensui obstare, ne monere quidem volumus. Sed non videmus unde sit explicanda constitutio legis 17. pr. dominum consentiente fructuario locum religiosum facere posse, nisi favore religionis hoc explicetur. Sic enim transposuit Voorda verba legis: „Locum — — „consentiente usufructuario. Et hoc verum „est. Sed favore religionis etc.“ Sed cur hoc verum sit jam quaero. In lege 15. in f. et in lege 16. contrarium enuntiatur (sc. si Connani et Voordae emendationem retinemus). Nam in iis domino quidem permittitur servitutem fundo fructuario imponere, sed eam duntaxat, quae non nocet, ex quo argumento a contrario sequitur, servitutem, quae

nocet, eum imponere non posse. Jam in legis 17. pr., quae ex eodem libro Ulpiani ad Sabinum desumta est, haec nobis afferuntur: *locum autem religiosum facere potest* etc. Num hoc non nocet? Attamen hoc fieri posse affirmatur verbis: *et hoc verum est*. Num hujus rei ratio in antecedentibus fundata est? Minime; immo haec adversantur. Ergo forsitan in sequentibus fundata erit? Multo minus; nam ibi dicitur, dominum *solum favore religionis* locum religiosum facere posse. — Vides, quam parum sibi constet haec legis 17. pr. emendatio et recte nos dicere posse, nec sensui eam convenire, nec tam lectionem receptam, quam potius Voordae transpositionem, corruptionis suspicionem movere.

(1) Bauer recepta legis 15. in f. legis 16. 17. pr. de usufr. lectio, in opusc. academ. T. 1. §. 15.

(2) Idem l. c. (3) Idem l. c.

§. 5.

Quam Mornacus legis 15. emendationem conatus est, legens *siquidem* pro *nequidem*, ea quidem quum ipsam hanc particulam cum

verbis: consentiente usufructuario conjungendam censet, nec latinitati nec ordini verborum convenit. Quum enim particula *nisi* in lege 16. exceptionem a regula in lege 15. in f. statuta contineat, affirmativus legis 15. in f. sensus nullo modo esse potest. Quod modo diximus ad Connani sententiam refellendam vocem: *nequidem* ad servitutis impositionem necessario esse referendam; idem etiam de verbo *siquidem* statuendum est. — Sed nec genio linguae convenit, *siquidem* cum ablativo absoluto conjungere. Denique particula *autem* in legis 17. pr. quam maxime huic emendationi adversatur. Nam l. 17. pr. simile quid statuit, quod stante Mornaci sententia in lege 15. in f. statuitur. Cur in simili casu particula adversativa adhibetur? Atque si grammatici quoque nos edocent, particulam *autem* non semper adversantis sed etiam transeuntis ad alia esse, quid tamen opus erat, si in genere de fundo, consentiente fructuario, servitute onerando constaret, specialiter dicere: *locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario.* Quid favore religionis opus erat,

ut locus religiosus fieri posset, si ad servitutis impositionem favor religionis non requireretur, sed solus fructuarii consensus. Constat sibi hercle parum Mornaci sententia, nec, quod Pet. Dalessaeus in pandectarum suo volumine eam defendit, movere nos potest, eodem modo agere, exemplo potius hoc ipsum nobis est, quam facile a scribis ignavis codices saepius fuerint corrupti, quum vir tam doctus conjecturam suam lectioni omnibus codd. ms. approbatae praeferre maluerit. Quae ad Mornaci sententiam refellendam diximus ea et de Huberi emendatione valent. Praeterea voces *non nisi*, quas Huberus substituit, et *nequidem* certe non iisdem notis scribebantur; ideoque error in scribendo non facile occurrere poterat. Sed pro *nequidem* facilius, *equidem*, *siquidem* vel *necquidem* scribi poterat. Ne vero saepius eadem repetamus, ad ea, quae modo ad Mornaci sententiam refellendam dicta sunt, lectorem remittimus.

Quam Pet. Busius et Franz Sarmienti afferunt emendationem, ea quidem, quum post *imponere* vocem *non* ponant, facillima

quidem est, sed an recta sit, hoc ne quaerendum quidem videtur. Nam ita emendare quivis potest; si enim loci alicujus affirmativus sensus sententiae legentis vel disputantis non convenit, citissime particula *non* interponitur, si vero negativus loci sensus haud quadrat, statim particula *non*, aut, quae alia negantis eo in loco est, deletur.

Quod vero ad ordinem verborum disputationisque seriem spectat, saepius jam diximus, necessario sensum legis 15. in f. negativum esse debere, nisi leges 15. 16. 17. sibi invicem repugnare statuamus. Stante Busii emendatione, quaenam est legis 15. in f. cum lege 16. cohaerentia? Quomodo lex 15. in f. cum legis 17. principio conjungi potest. Sed emendatori, qui per interpositionem unius modo voculae contrarium ejus, qui verus est, sensum legis statuit, mirum sane non videbitur, duas leges ex ejusdem scriptoris eodem libro ipsis sibi repugnare.

In ultimo emendatorum loco Friedelum posuimus, qui pro *consentiente* legere vult *consciente* solamque fructuarii scientiam non sufficere, sed ejus consensu opus esse putat.

Hunc loco nostro sensum tribuit: ad constituendam servitutem, quae non noceat, solam scientiam sufficere, ad constituendam vero eam, quae noceat, aequè ac ad locum religiosum faciendum, *consensum* fructuarii requiri. Sed jam in hoc Friedeli sententia labi videtur, quod verbis: „*consentiente usufructuario*“ et haec adduntur: *et hoc verum est favore religionis*. Cur favor religionis requiritur praeter fructuarii consensum, quum tamen ad servitutis impositionem non requiratur? Praeterea, ni verbis ludere volumus, nonne in scientia, ad quam et *to* pati accedit, verus consensus inest? Sic e. g. dominus, si ejus res ab alio oppigneratur, nec contradicit, in oppignerationem consensisse dicitur. ⁽¹⁾ Sic porro non negotia geruntur, sed mandatum adest, si praesentis et non contradicentis negotia aliquis gerit. ⁽²⁾ In genere declaratio voluntatis, aequè ac consensus, si de hoc agitur, adest, si is, cujus intererat contradicere, quique contradicere potuit, non contradicit, dum id agitur, ex quo voluntatis suae declarationem, aut consensum recte concludere licet. ⁽³⁾ Itaque

et in hoc loco, si fructuarius servitutis impositionem et scit et passus est, ejus consensus adest, nec haec exceptio: scivi, passus sum, sed non consensi, in foro admittenda erit; nam contradicere et poterat et debebat, si jus suum servare vellet.

Sed haec hactenus! Jam ad ipsos interpretes locorum nostrorum transeamus. Omnia enim argumenta generalia, quae initio paragraphi tertiae contra quamcunque loci nostri emendationem attulimus, recte singulas a nobis allatas sententias refutare videntur, ita ut aliquatenus saltem, huic dissertationis nostrae parti satis fecisse putare possimus.

(1) const. 2. Cod. 8, 16. (2) c. 6. Cod. 4, 35. fr. 60. D. 50, 17. (3) fr. 12. D. 21, 2. fr. 7. §. 1. D. 23, 1. c. 5. Cod. 5, 4.

§. 6.

Omnes quidem scriptores, qui leges 15. 16. 17. interpretati sunt, allegandos a nobis esse, non recte quis postulabit. Quum enim tam multi recentioribus seculis, scriptores exstiterint, hae pagellae vix sufficerent, si omnes omnino scriptores allegari deberent,

qui eadem de re scripserunt. Hac de caussa qua via omnes nostrorum temporum scriptores incedunt, ea et nos progrediemur, eligentes scilicet ex juris auctorum numero recentiores eosque, quos ipsi perlegimus.

Itaque de Richteri ⁽¹⁾ ad h. l. hypothese nihil nobis dicendum est, quum ipsum ejus libellum non perlegerimus et quae contra eam faciunt, satis jam a Glückio ⁽²⁾ illustrata sint, qui etiam eam interpretationem, quam Zachariae ⁽³⁾ conatus est, quantum satis attigit. Qui uberius accuratiusque de legum nostrarum interpretatione egerunt, Bauer, Woltaer, Reichhelm, Schömann, de his in hac ipsa tribusque sequentibus paragraphis agemus.

Bauerus ⁽⁴⁾ legum nostrarum interpretationem suscipiens supponit, in legibus 15. 16. 17. de servitute sermonem esse, quae tantum ad tempus ususfructus constituatur, nam si proprietatis dominus, qui sibi caveri fecit, usufructuarium uti frui velle salva rei substantia, hunc ad consensum in servitutis impositionem commoveat, non praesumi posse, dominum hoc facto juri suo e cautione

fructuaria profluente renuntiare voluisse. ⁽⁵⁾
Ut igitur fructuarius rem salvam, quemadmodum usufructu constituto eam accepisset, restituere possit, necesse esse, ut servitus ad usufructus modo tempus constituatur. In hanc servitutis constitutionem dominantem consensisse videri, nam alias servitutem ita constitui curare debuisset, ut servitus perpetua sit nec ut haec, per doli mali exceptionem resolvatur. Etsi enim dicat naturalia negotii praesumi debere, si quoque non exprimantur et sic servitutem generatim constitutam pro perpetua, ut regulari, non autem pro temporaria ut irregulari habendam esse, tamen quum collisio praesumptionum oriatur, altera in propria servitutis significatione innitente, altera pro libertate dominii et juris conservatione faciente, hanc ut graviolem praeferri debere, nam benigniorem eam esse et in dubio benigniora praeferenda esse. Praesumptionem igitur pro servitute perpetua eo magis naturae negotii adversari, quo minus servitus ad usufructus modo tempus constituta proprietatis dominum incommodo afficiat, semperque esse praesumendum, quem-

que potius incommodum a se in alium transferre, quam in semet ipsum recipere velle. Sicuti vero servitus, quae cum usufructu expiret, a juris civilis regula omnino defleat, ita etiam eum actum, qui cum juris regula non conveniat, improprie illud nomen accipere, quod lex actui regulari tribuat. Hinc domini et fructuarii consensu id effici non posse, ut talis servitus ipso jure valeat et proprie sic dicatur. Quae quum Ulpianus, qui subtilioribus disputationibus faveret religiosusque esset verborum cultor, ante oculos habuisset, hanc ejus mentem fuisse: proprietatis dominum, nequidem consentiente fructuario servitutem (puta, quae, licet temporaria, servitutis nomen proprie assumat) imponere posse. Ita quidem Ulpianum nostrum non negare, dominum consentiente fructuario servitutem imponere posse, ex arte tamen juris negare, quod talis servitus, quia non sit perpetua, summo juri conveniat.

Non animadvertisse videtur Bauerus, se hac sua interpretatione Ulpianum ab opprobrio obscuritatis et miserae subtilitatis minime defendisse, quin potius illi opprobrio novum

quasi cumulum addidisse. Stante enim hac interpretatione, quis non Ulpianum maximae obscuritatis accuset quod, quum affirmasset, proprietatis dominum nequidem consentiente fructuario propriam servitutem imponere posse, statim non adjecerit, impropriam tamen eum recte constituere. Sed impropriae servitutis nec nomen nec ullum vestigium in legibus vel in aliquo veteri auctore occurrit. De regularibus et irregularibus servitutibus recentiores quidem loquuntur, sed harum longe alius est conceptus ac earum, quas sub propriae et impropriae servitutis nomine Bauerus comprehendit. In legibus ipsis enim servitus ad tempus constituta, licet stricto jure non valeret, et a praetore tantum per pacti vel doli exceptionem sustineretur, servitutis nomen aequè accipit, ac perpetua. Itaque si Ulpianus impropriae servitutis nomine uti voluisset, lectores, quid sit servitus impropria, certiores reddere debuisset certioresque haud dubie fecisset. Omni sane dubio caret, Ulpianum, tam accuratum scriptorem, non tam obscure scribere potuisse. Sed videamus de cetero argumentationis Baue-

rianæ fundamento. *Supponit* de servitute temporaria sermonem esse, *supponit* Ulpianum tali servituti, ut impropriae, servitutis nomen non tribuere. Quis non videt, plurima hic, ne dicam omnia supponi? Num accuratus Ulpianus tam multa, quae supponi voluit, ne verbo quidem attigisset? Nihili sane hae suppositiones aestimandae sunt. Quae autem de collisione praesumptionum Bauerus affert, aequè nihil ad rem suam defendendam faciunt. Nam praesumptio pro libertate in judicio praesertim valet, si alter servitutem, alter rei libertatem affirmat; tum ei, qui servitutem praetendit, onus eam probandi incumbit. Quum autem ipse, qui servitutem constituisse dicitur, id confitetur, praesumptio pro libertate exstinguitur, nam ipsa haec confessio pro veritate accipitur. Jam a domino praedii servientis probandum est, ad tempus modo servitutem se constituisse. Quod quidem e certissima illa juris regula consequitur, quemque, qui existentiam juris negare non possit, attamen naturalia quaedam hujus negotii abesse contendat, probare hoc debere. Praeterea ne monere

quidem volo ad essentiam servitutis pertinere, ut perpetua sit, nam quaeque servitus, etsi ad tempus modo constituta sit, ipso tamen jure perpetua est et a praetore tantum pacti vel doli exceptione succurritur. Praesumptio igitur pro libertate, quum nec pacti nec doli exceptionem habeat dominus, nulla esse potest, sed sola potius pro servitute perpetua praesumptio valet. Eodem modo praesumptio pro conservatione juris e cautione fructuaria profluentis in casu, quem Bauerus affert, locum habere non potest. Dominus enim, qui fructuarium ad consensum in servitutis impositionem permovit, finito usufructu vero rem ab hac ipsa servitute liberam ab usufructuario repetit jure doli mali exceptione removetur, quippe quod servitutem constituens, juri suo illibatori, quod ante servitutem constitutam habet, renuntiet necesse sit, ita ut expressa renuntiatione ne quidem indigeat. Nam jus, quod ante servitutem impositam illibatum habet, tam parum cum jure servitute constituta deminuto convenit, ut, si quoque juri illi illibatori haud renuntiare, immo pro conservatione ejus expressa protestatione sibi

prospicere vellet, tamen hac ipsa protestatione nihil ageret. Si vero proprietatis dominus servitutem fundo fructuario imponit et ipse quidem de servitute ad tempus constituta cogitat, nulla autem re hanc voluntatem exprimit, hoc ipso facto renuntiavit juri suo illibatori, atque illi, quod e cautione fructuaria fluit: nempe ut res salva ejus substantia restituatur. Nam dominus acquirens scire non potest, quid tradens cogitet, nec praesumere potest naturalia quaedam a negotio abesse. Etenim, quod vere se velle a partibus exprimitur, non, quod ab una alterave parte sine ulla ratione cogitatum est, valet.

Notandum videtur, quum dixerimus ad essentiam servitutis pertinere, ut perpetua sit, tempore in servitutis constitutione adjecto ipsum actum non vitiari, nec vere essentialia quaedam abesse. Nam ipso jure temporis adjectio nihil valet, servitus contra ipsam partium voluntatem perpetua est; sed tamen, si tempus in servitutis constitutione statutum praeterlapsum est, praetor pacti vel doli exceptionem dabit. Nam quasi nunc demum pactum illud de dissolvenda servitute factum

videtur et quamvis ipso jure servitus perpetuo rei inhaereat, per exceptionem tamen resolvitur. Si vero dominus juri suo illibatiori renunciare non vult, nec servitutem constituere debet et si id ipsum jus, quod e cautione fructuaria habet, diminuere non vult, nec diminuisse se servitutis impositione probare intendit, nova res ab eo afferenda est, ex qua in servitutis temporariae constitutionem dominantem et servientem consensisse apparet. Ceterum si dominus, finito usufructu, cum usufructuario agere vellet, ut rem salvam a servitute liberam restitueret, jure hic exciperet: I. Ipse tu ad consensum in servitutis impositionem me impulisti, dolo igitur malo nunc mecum agis. II. Prorsus inepte mecum agis; nam ego servitutem non constitui; equidem dominus non sum, ergo servitutem constituere non possum; passus quidem sum, dominantem servitutem durante meo usufructu exercere; ergo meum tantum jus diminui.

Hactenus de iis, quae Bauerus ad legum nostrarum interpretationem attulit, jam de iis videamus, quae non attulit. Sed haec longe

majoris ambitus esse, quam quae attulit, nemo sane negabit. Nam praeter suppositiones illas, quas Ulpianum in mente habuisse vult, quas tamen eum in mente non habuisse, ut speramus, satis clare probavimus, de ipsa re, quam vere in mente habuit, ⁽⁶⁾ nihil dicit. Pro veritate quidem accipit, propriam (ut suis ipsius verbis utar) servitutem dominum constituere non posse, si vel ipse fructuarius consentiat; sed rationem hujus regulae nullam affert. Quamquam igitur in perstringendis aliorum sententiis satis acute versatus sit, ipsum tamen rei cardinem prorsus intactum reliquit, et in suppositionibus excogitandis potius quam in ipsa loci difficultate removenda elaboravit.

(1) Exercit. J. C. ad h. l. (2) Glück comm. in pand. vol. 9. §. 625. (3) Cf. Hugo. Civ. Magazin vol. 2. XV. §. 16. (4) Cit. op. academ. l. c. (5) Juri sc. ex quo, usufructu finito, dominus cum fructuario agere potest, ut rem salvamque ejus substantiam restituat. (6) Praecipue hoc apparet ex praecedentibus in lege 15. §. 7. init. „sed nec servitutem imponere potest proprietatis dominus, nec „amittere.“

§. 7.

Woltaer, ⁽¹⁾ interpretationem suam in grammatica significatione verbi: consentire fundat. Consentire, dicit, non solum significare, velle idem sed etiam eum consentire asserit, qui cum alio concurrens, conjuncta adeo auctoritate quasi alicui jus aliquod concedat. Lexicographos, quorum tamen neminem affert, et Celsum in lege 11. D. 8, 3. testes nominat. Cujus quidem posterioris verba haec sunt. „Per fundum, qui plurimum est, jus mihi esse eundi, agendi, potest se-
„paratim cedi. Ergo subtili ratione, non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant
„et novissima demum cessione superiores
„omnes confirmabuntur. Benignius tamen
„dicetur, et, antequam novissimus cesserit,
„eos, qui antea cesserint, vetare uti cesso
„jure non posse.“ Jam sic pergit Woltaer: ut fundus communis servitute oneretur, omnes condominos consentire debere; si autem consenserint, omnes auctores servitutis fieri, et ita jure Ulpianum scripsisse, consensu fructuarii servitutem non imponi, neminem enim alicui auctorem fieri posse in jure acquirendo,

quod ipse transferre in alium non valeat. Fructuarium dominum non esse, servitutem igitur constituere non posse. Et certe, si consentiendo concurreret, pro parte tamen sua concurrere et jus suum cedere in extraneum videri. Atqui usufructuarium usufructum in alium cedendo nihil agere. — Quae quum ita sint, hanc paraphrasin suadet: quotiens agitur de servitute fundo fructuario imponenda, quae fructuarii conditionem deteriorem redditura est, cedat usufructuarius juris sui tantum domino, ut hic jam solus servitutem recte constituere; nec dominans jus suum ab usufructuario pro parte, *accepisse* videatur. Consensu suo in imponendam servitutem hoc non efficiet fructuarius, quia servitus a domino et a non domino constituta videretur, quod incivile est, quia solus dominus recte rem suam servitute onerat. Negari quidem nequit, Woltaerium ad veram rei difficultatem animadvertisse; sed jam quaerendum, num stare haec ipsius interpretatio possit. Primum quidem insolita nobis verbi: *consentire* significatio affertur. Nominat Woltaer lexicographos testes, sed, ne moneam,

lexicographos raro jurisprudentes esse, itaque verborum, quae propriam in jurisprudentia significationem habent, plerumque ignaros esse, neminem etiam lexicographorum testem affert. Sed Celsum testem affert. Videamus num vere hic ejus auctor sit. Sensus loci Celsiani est: servitutem, si unus e pluribus condominis eam cedat, non recte imponi, sed tum demum si omnes cesserint, servitutem recte impositam videri. Verbum: *consentire* ne occurrit quidem in loco allato, et tamen hunc ipsum locum ad probandam suam sententiam Woltaer affert. Subtiliter ex omnium cessione, consensum probat, quia scilicet si omnes cedunt, in servitutem constituendam consentiant, necesse sit. Sed recte Celsus voce cedere utitur, nam ad constituendam servitutem minime sufficiebat, consentire inter se condominos, hoc enim consensu *per se* nihil agebatur, sed etiam pacto consentientium cum domino, servitutem acquirente, opus erat. Itaque non consentiendo, sed per pactum servitutem constituendo auctores servitutis fiebant condomini. Ceterum Celsus iis temporibus vixit, in quibus servi-

tutis impositio solenni aliquo actu fieri debebat, ut servitutum rusticarum mancipatione, ceterarum in jure cessione, et sic ne pactum quidem, multo minus nudus consensus ad servitutem imponendam sufficiebat. — Haec omnia autem quam maxime verbi consensus a Woltaerio allatam significationem impugnant. Nam non consensu, ut Woltaer vult, sed pacto demum, et mancipatione vel in jure cessione auctores servitutis fiebant condomini. Corruit igitur ista verbi consentiendi significatio et quamquam hic auctor satis ingeniose addat, in imponenda fundo fructuario servitute, semper ita agi debere, ut dominus acquirens jus suum nec omnino, nec pro parte a fructuario, sed totum a domino accepisse videatur et hinc fructuarium etiam juri suo in tantum renunciare debere, quantum ad servitutem constituendam sufficiat, tamen, nisi verbis ludere volumus, *tacita cessione* et *renuntiatio juris ex usufructu profluentis in consensu fructuarii in servitutis impositionem inest.* ⁽²⁾ Sed haud dubie accuratissimus Ulpianus, si haec, quam Woltaer ei affingere vult, re vera ipsius sententia

fuisset, haec sibi invicem opposuisset: consensu suo nihil fructuarium agere, posse tamen eum juri suo in tantum renuntiare, quantum ad servitutem constituendam sufficiat. Si haec, inquam, Ulpianus sibi invicem non opposuisset, valde quidem subtiliter, sed etiam tam obscure scripsisset, ut pauci tantum sui aevi homines, nemo sequentium eum intellexissent. Digestorum vero compilatores, qui ad obscura interpretanda accedere non poterant, quique jus clarum et perspicuum reddere debebant, hunc locum vel plane non recepissent, vel si recepissent, certe ad meliorem ejus intellectum aliquid addidissent. Nam etsi Ulpiani forte temporibus expressa renuntiatione opus fuisset, Justinianeae tamen saecula eam non requirebant, magis enim haec ad materiam, quam ad formam juris spectabant, multae etiam antecedentium saeculorum formae, praesertim actus solennes superflui facti erant; ita quidem ut in hoc nostro loco solus consensus, quippe tacitam renuntiationem continens suffecisset. Compilatores igitur, quibus jus, quod tunc temporis valeret, in ordinem redigere jussum

erat, locum haud dubie ita mutassent, ut cum jure Justiniano conveniret. Quod quum non fecerint, nihil est, quod dubitemus explicationem rejicere, quae obscuritatis subtilitatisque nimiae Ulpianum, compilatores Dig. autem oscitantiae alicujus argueret.

(1) Observat. J. C. T. 1. obs. 33. (2) De renuntiatione in tantum, quantum ad constituendam servitutem sufficit, infra agemus.

§. 8.

Jam accedimus ad Reichhelmi et Schömanni explicationes, qui non minus acute in tractando nostro loco versati sunt.

Atque Reichhelmus quidem hanc fere interpretationem statuit: ⁽¹⁾ quemadmodum pollicitatio joci causa facta pollicitantem ad eam exequendam obligare non possit, eodem modo jus aliquod deduci non posse ex promissione, qua promissor jus suum deducta substantiali ejus parte coercere quidem, jus tamen ipsum illibatum retinere velit. Exempla afferuntur ⁽²⁾ creditoris hypothecarii, qui jus alienandi, pacto sibi adimendo nihil agat ⁽³⁾, socii, qui renuntiando juri suo

ad percipienda societatis commoda aequè nihil agat. Eodem modo fructuarium renuntiare non posse juri suo prohibendi, ne durante usufructu servitus fundo fructuario imponatur; renuntiando plane nihil eum agere. Nam hoc jus adeo substantiam usufructus ingredi, ut, si ei renuntiare velit, simul et ipsi usufructui renuntiare debeat. Tota vero haec disputatio a petitione principii incipit, quod fieri non debet. Ad stabiliendam enim sententiam probandum erat, usufructuarii jus prohibendi, quamvis servitutis fundo fructuario impositionem vere substantialem jurium ex usufructu profluentium partem esse. Hoc autem probari nequit; itaque tota disputandi ratio vana est. Nusquam enim, si de usufructus substantiali jure agunt auctores, de hoc jure loquuntur, et tamen, si substantiale jus fuisset, de eo loqui debuissent; nec enim id quod per se non intelligitur, transmittendum est silentio. Atque etiam, si hoc vel per se intelligeretur, accuratissimi tamen Icti Romani in enumerandis substantialibus usufructus juribus de eo locuti fuissent; id quod de iis eo fidentius asserimus, quia in aliis

juris articulis e. g. in enumerandis modis, quibus jura quae dicuntur personalissima extinguuntur, ipsam adeo mortem ejus enumerant, qui his juribus utitur; id quod tamen vel maxime per se intelligitur. Qua propter haud temere dixisse videmur, totam Reichhelmi disputationem vanam esse.

Meliori sane atque huc usque maxime probata via Schömannus ingressus est. Hanc ille legum nostrarum interpretationem conatur. ⁽²⁾ Usufructuarium servitutes constituere non posse, quia non sit dominus; dominum autem, cujus fundus usufructui subjectus sit, hac servitutum constituendarum facultate prorsus se abdicasse. Essentiam usufructus esse plenum rei fructuariae usum omniumque ea ex re fructuum perceptionem. Hoc jus fructuario concedi, non tamen jus, hoc ipsum alii cedendi. Jam proprietatis dominum servitute constitutere non posse, quia ab omni rei suae usu et usufructu pro tempore abstinere debeat, itaque jus non cedere posse, quod ad rei usum et usufructum spectat, sed nec fructuarium, qui jus, quod domino desit, pro tempore habeat,

servitutem constituere aut in ejus constitutionem consentire posse ipsum enim jus utendi fruendi in extraneum cedendo nihil agere. — Primo quidem aspectu nihil reliqui esse videtur. Verum enim vero si rem accuratius dispiciamus, utique quaedam adhuc supersunt, quae aut minus clare aut omnino non recte dicta videntur. Praesertim nostri officii esse putamus respicere ad rem, quae maximi momenti in loci nostri interpretatione est. Schömannus enim Woltaeri sententiam pro parte retinet dicens: ⁽³⁾ Ulpianum de consensu modo loqui, itaque de cessione nihil eum dicere, nec credendum esse, consensum et cessionem opponere sibi invicem voluisse; ad cessionem omnino non respici, recte tamen eam fieri posse, nec hoc, nec ullo alio loco vetari. Ad constituendam scilicet servitutem usufructuarium tantum juris sui cedere debere, quantum, si consolidetur cum proprietate, ad constituendam a domino servitutem sufficiat. Videmus Schömannum constitutionem servitutis permutasse cum facultate faciendi agendi aliquid, ab usufructuario domino data ac permissa. Nam quum

usufructuarius facultatem constituendarum servitutum omnino non habeat, quia ipse nec dominus est, nec usumfructum alii, quam domino cedere potest, cedere quoque non potest quantum ad constituendam servitutem sufficit. Facultas constituendarum servitutum plenae proprietatis domino competit, si a proprietate ususfructus deducitur usque ad hujus consolidationem cum proprietate, nuda proprietatis dominus facultatem harum servitutum constituendarum non habet, quae in usu vel in usufructu consistunt; neque etiam haec facultas in usufructuarium transferri potest, quia hic cedendo usumfructum vel ejus partem in alium nihil ageret. Quum vero ipse servitutem constituere non possit, nec hanc facultatem, quam ipse non habet, in dominum transferre potest. Quid ergo cedat quaeso usufructuarius domino ut recte hic servitutem constituere possit? Nescio quid, nisi totum usumfructum. Sed Schömannus tantum juris, ex quo ususfructus consistit, domino cedi vult, quantum, si consolidetur cum nuda proprietate plenam eam, quoad constituendam servitutem reddat. At-

tamen num hoc dici aut intelligi potest, quantum hunc in finem cedi debeat? Atque etiam Schömannus respexisse non videtur, si quoque ususfructus divisionem recipiat ⁽⁴⁾ hoc in servitute usus locum non habere. ⁽⁵⁾ At in servitute, quae in utenda aliqua re consistit, ut e. g. in servitute viae quam maxime requiritur, ut proprietas, quoad constituendam servitutem viae sufficit, plena reddatur; ita autem vel aliqua pars usus aut totus usus usufructuario adimi deberet. Quis autem usus partem, aut *usufructum* deducto *usu* umquam statuit? Recte igitur concludisse videmur, cessionem ususfructus in tantum, quantum ad constituendam servitutem sufficiat, nullam esse.

(1) Versuch einer Auslegung dunkler für den Theoretiker und Praktiker gleich wichtiger Gesetze aus dem Lehnrecht und Civilrecht. Halle 1799. 8.

(2) Handbuch des Civilrechts. Giess. u. Wetzlar 1806. pag. 383 — 392. (3) Idem l. c. pag. 388.

(4) L. 81. pr. D. 35, 2. L. 6. §. 4. D. 8, 4. L. 25.

D. 7, 4. (5) L. 19, D. 7, 8. L. 1. §. 9. Dig. 35, 2.

§. 9.

Priusquam ad sententiam nostram de legibus 15. 16. 17. stabiliendam procedimus, notandum videtur conjunctione legis 15. cum lege 16. divisionem quandam servitutum constitui. Loquitur enim lex 16. expressis verbis de servitute, quae usufructuarii conditionem deteriore non reddat. Hanc constituere nudae proprietatis domino licet. Quaerentibus autem cur talem imponere possit dominus, quum eam, quae noceat imponere non possit, facile responderi potest: quia tali servitute jus usufructuarii non minuitur dominusque obligatus est, nihil facere, agere, quod usufructuarii jura injuste laedit. Num itaque haec est ratio legis 15. et 16? Minime, quisque enim, qui alienandi facultatem habet, etiam renuntiare juribus acquisitis potest. Curne igitur etiam usufructuarius juri suo prohibendi, ne se invito servitus constituatur, renuntiare possit? Ergo dominus, hac renuntiatione facta recte talem servitutem constituet? Sed hoc ipsum prohibetur lege 15. in f. At hoc prohibere, nonne contrarium sanae menti est? Minime. Hoc enim ipsum, quod servitutum

aliae nocent, aliae non nocent, nullam rationem affert, earum constitutionem prohibendi aut permittendi. Hoc ipsum probare speramus, disquirendo, *quales* sint servitutes, quae noceant, quales, quae non noceant. — Servitus autem, cujus constitutio non in damnum usufructuarii vergit, necessario talis esse debet, quae nudam solummodo proprietatem incommodo aliquo afficit, quae *non* in usu vel in usufructu consistit. Videmus igitur divisionem servitutum earum, scilicet quae nudae proprietati et earum, quae plenae proprietati incumbunt. Alterius generis servitus recte a nudo domino constituitur, alterius vero non. Dominus enim deducendo usumfructum a proprietate ab omni rei fructuariae usu et usufructu abstinet. Hoc ipso facto autem ab omni constituendarum earum servitutum facultate se abdicat, quae in utenda vel in utenda fruenda re fructuaria consistunt; quum enim ipse pro tempore re sua nec uti, nec utifruui possit, alii quoque durante usufructu tale jus concedere non potest. Usufructuario ususfructus quidem pro tempore competit, servitutem tamen constituere non potest, nam

dominus non est et jus suum aut ejus partem extraneo cedere non potest. ⁽¹⁾ Itaque nec usufructuarius, qui usumfructum quidem pro tempore habet, nec proprietarius, qui eundem pro tempore non habet, servitutem usufructui nocentem constituere possunt. Consensu vero utriusque in servitutem constituendam declarato nihil agitur; nam alter pro tempore, alter omnino non id ipsum jus cedere potest, in cujus cessionem consentiunt.

Servitutem vero, quae nudam tantum proprietatem afficit, recte constituit dominus, nam quum usumfructum modo a proprietate deduxerit, nuda vero proprietas apud eum remanserit, recte omnia jura exercebit, quae ex hac nuda proprietate profluunt. Quorum in numero, quum earum servitutum constitutio sit, quae nihil usufructui, omnino vero nudae proprietati aliquid detrahunt nullum etiam dubium est, ejusmodi servitutes a proprietario posse constitui.

Quaestionem vero quod attinet: num talis servitus usufructuario noceat, nec ne, ad hanc quidem quaestionem Paulus plane non respexit, quin potius maximum momentum in eo posuisse videtur, quod talium servitutum constituendarum facultas e nuda profluat proprietate. Haud dubie Paulus de his servitutibus breviter tantum et generatim disputare voluit, et propterea etiam ipsum genus harum servitutum non *definivit*, sed tantum notam aliquam earum communem attulit, nempe hanc quod tales servitutes usufructuario non nocent; at-

que ex hac ipsa nota, ipsam speciem servitutum, quam designare voluit, statim apparere, haud dubie putavit.

Itaque hanc legis 15. in f. et legis 16. interpretationem et paraphrasin recte suadere videmur:

Nudae proprietatis dominus servitutem, quae usufructui nocet, consentiente etiam fructuario, constituere non potest. Nam servitus, quae usufructuarii conditionem deteriore reddit, talis est, quae in utenda vel in utenda fruenda re fructuaria consistit; a talium vero servitutum constituendarum facultate dominus prorsus se abdicavit deducendo usumfructum a proprietate; quo quidem omnem rei usum et usumfructum in alium transtulit. Servitus vero, quae usufructuarii conditionem deteriore non reddit, hoc est, talis, cujus constituendae facultas e nuda proprietate profluit, recte a nudae proprietatis domino constituitur, habet enim id ipsum jus, ex quo facultas dictam servitutem constituendi profluit. Consensu fructuarii in constituendam servitutem nihil agitur, nam hoc consensu facultas constituendi servitutem domino non datur: quippe quod ipse usufructuarius hanc facultatem non habeat.

Haec satis dicta sunt de legibus 15 et 16. Jam ad legem 17 pr. interpretandam accedimus.

(1) fr. 12. §. 2. fr. 67. D. 7, 1. fr. 11. §. 2. D. 20, 1. fr. 72. D. 50, 17.

§. 10.

Supra jam notavimus leges nostras 15 et 17. ex eodem Ulpiani ad Sabinum libro esse desumptas, quod ex inscriptione apparet. Cohaerentia autem ambarum harum legum facile nos docet in Ulpiani libris eas conjunctas fuisse. Compilatores vero, qui generalem aliquam regulam statuere voluerunt, veterem harum legum ordinem per interpositionem legis 16. turbant. Haec tamen legis 16. interpositio genuino sensui verborum legis 15 et 17. nihil detrahit: harum enim legum cohaerentia haec est; servitutes fundo fructuario imponi non possunt; religiosus tamen locus quidam hujus fundi fieri potest. Huic interpretationi lex 16. non obstat, quippe quae solummodo legem 15. in f. modificat vel quasi explicat.

Quod vero attinet ad interpretationem legis 17. eam ex antecedentium legum interpretatione nos facile peracturos esse speramus. Ut enim locus aliquis religiosus fiat, opus est, ut mortuus inferatur a plenae proprietatis domino; si igitur usufructuarius locum fructuarium religiosum reddere vult, hoc non efficiet, quia non dominus est; neque etiam nudae proprietatis dominus hoc efficiet; nam pro tempore facultatem non habet re sua utendi. Itaque nec uterque locum fructuarium religiosum facere poterit, nec is consensu fructuarii in hanc conditionem deducetur; obstat enim, quod hoc consensu nihil agi potest, nisi intimam juris civilis artem offendere velis; (*) attamen favor

religionis, quia omnium interest, ne cadavera insepulta jaceant, in hac re locum habet; ob ipsum enim hunc favorem consentiente fructuario locus religiosus fit. Talem exceptionem a regula mirari non possumus; nani summam esse rationem, quae pro religione faciat, Papinianus ⁽¹⁾ affirmat; idemque, quod in lege 17. pr. statutum est, jam in aliis locis legere licet. ⁽²⁾ Nec haec exceptio a regula quidquam habet, quod offendere possit, cum multae aliae hujus farinae exceptiones in legibus proditae sint. Etenim privilegium, quod pro parte testato, pro parte intestato mori militi permittit, tale est, ut a ceteris principiis, quae de ratione testandi valent, plane abhorreat. His omnibus recte perpensis nihil amplius est, quod dubitemus retinere receptam legum nostrarum lectionem et perspicuum verborum sensum. Finem jam imposituri libello nostro pauca adhuc addamus de ratione politica legum dum prohiberent ne dominus, ne consentiente quidem usufructuario, servitutem rei fructuariae imponere posset.

Res autem notissima est, Romanos servitutibus in genere non fuisse. Semper libertas fundi, numquam servitus praesumebatur, quam qui praetendebat, necessitatem eam probandi ei imponebant. Non ad similes res servitutis nomen extendebatur, itaque servitutes in faciendo consistere non poterant. ⁽³⁾ Solae, quae a vetere jure civili et a praetore constitutae erant servitutes, hoc nomine appellabantur. Quae quidem omnia probant, Romanos, etsi

servitutes in genere admitterent, quam paucissimis tamen praedia onerari voluisse. Iisdem enim rationibus, quibus nostris temporibus contra divisionem majorum cohaerentium praediorum disputatur, Romani pro libertate praediorum contendebant. Opes enim et facultates dominorum majori diminutione jurium e dominio profluentium maxime sane minuuntur. Haec ipsa enim diminutio agriculturae nocet; agrum nimie servitutibus oneratum non tam diligenter dominus colet, nec forte colere poterit, quam alium a servitutibus liberum. Quum vero agriculturae imprimis Romani faverent, quoquo modo iis curandum erat, ne nimium servitutibus praedia onerarentur. Quod autem attinet ipsum usufructuarium, hic, quia jus in re, quod habet, finito usufructu dissolvitur et hinc ejus res ipsa non adeo interest, non tanti servitutem aestimabit, quanti aestimaturus esset, si servitutis incommodum sibi successoribusque suis mansurum intelligeret. Proprietatis vero dominus, qui pro tempore nullum rei usum vel usumfructum habet, incommodum servitutis certe non ita sentiet quam id sensurus esset, si ipse uteretur frueretur. Ita uterque facilius in servitutis impositionem consentiet, quam si usufructus non sit deductus a proprietate. Hac de re necesse erat legibus cavere, ne nimium servitutibus praedia onerarentur.

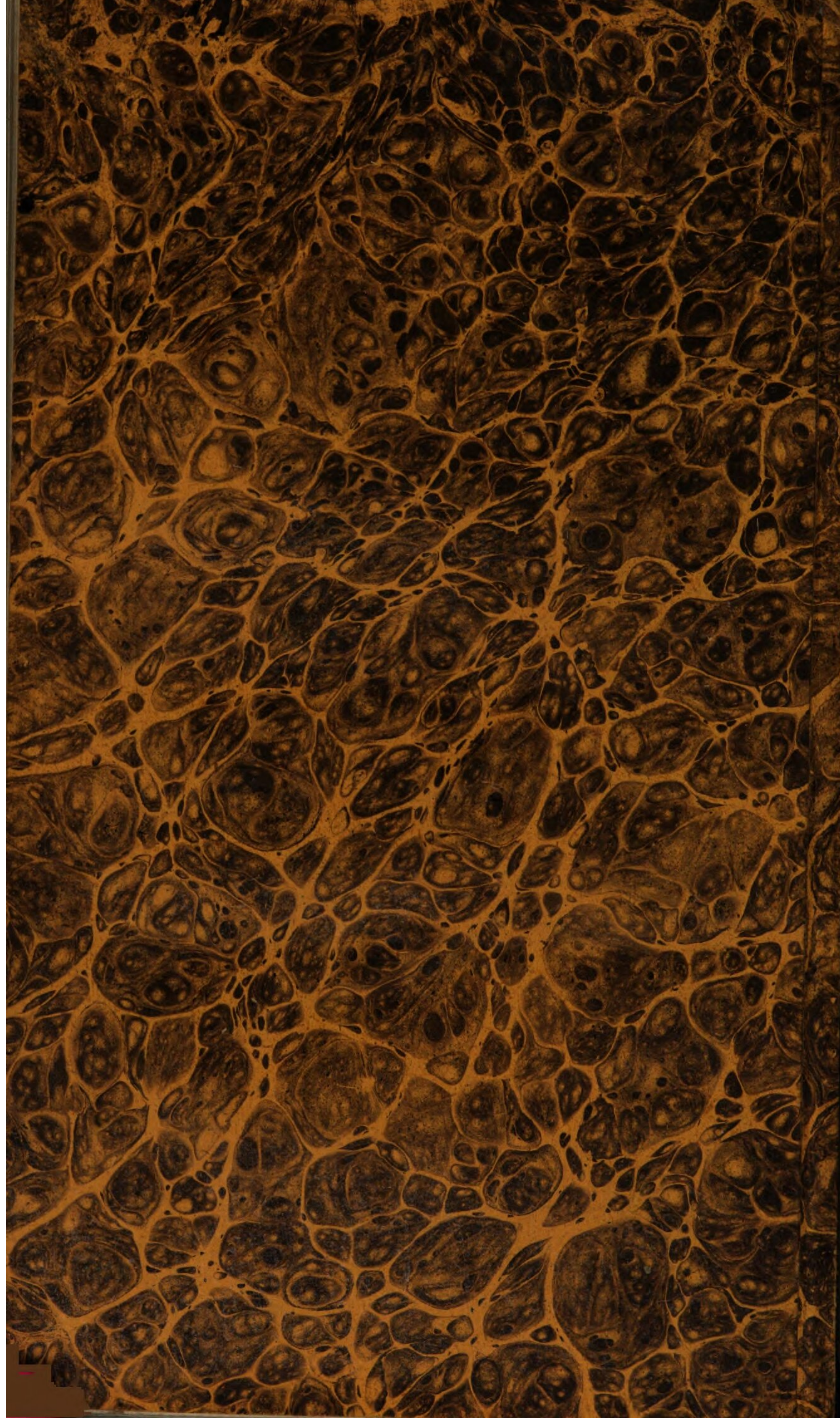
Alia politica ratio ex eo deduci potest, quod in favorem *domini* legibus cautum sit, ne, exceptis casibus, in quibus cautio usufructuario

speciatim remissa est, ulli alii haec cautio remitti posset. Etsi enim testator cautionem remiserit, ea tamen praestanda est. Nonne simili modo *usufructuario* leges favere possunt? (Etsi enim servitutibus leges non faveant, tamen, si tolerant eas, etiam, si recte et jure constitutae sunt, tueri debent.) Saepius autem forte accidit, ut dominus, consentiente fructuario servitutum imponens, clandestine cum domino servitutum acquirente paciscatur, ut finito usufructu servitus dissolvatur. Tales servitutes quam plurimas dominus rei suae imponere faciliusque usufructuarium, cujus forte interest dominum propensum sibi reddere, ad consensum in talium servitutum constitutionem impellere potest. Hoc autem modo injuste fructuarii jura diminuuntur. Quod ne fieret leges constituerunt, nullam fundo fructuario impositam servitutum valere, excepta ea, quae soli domino noceret. Ad has autem imponendas, quum soli sibi eas nocituras esse intelligere deberet, non facile dominum accessurum, haud dubie supponebant.

Quae quidem e politia deductae rationes, ad sententiam nostram stabiliendam quam maxime faciunt; si vero etiam refelli possent, nec tamen eandem infirmarent. Rationes enim e politia desumptae, quae pro juris aliquo statuto faciunt, majorem huic statuto tribuunt auctoritatem; si tamen hae ipsae rationes non favent alicui juris statuto, hoc ipsum tamen propterea non infringitur, sed in hoc casu magis dicendum est, de *jure* hanc ipsam dispositionem va-

lere; abrogari eam quidem per principem vel per leges posse, sed nulla lege id effic: posse, ut haec ipsa juris dispositio ipsi arti juris non conveniat.

(*) Vid. §. 9. in f. (1) L. 43. D. 11. 7. (2) L. 2. §. 7. 8. D. 11, 7. (3) Nam quum ad essentiam servitutis pertineat, ut objectum ejus et subiectum res sit, rem autem aliquid facere posse, dici nequeat, servitutes in faciendo consistere non possunt.



Schnelle, S.

Diss. de probabili interpretatione legum 15. in f. 16. 17. pr. ff. de usu
fructu

Rostochium 1825

Diss. 794,9

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10842283-5